

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les obligations de confidentialité dans certains contrats d'intermédiation

Jacquemin, Hervé

Published in:
L'entreprise et le secret

Publication date:
2014

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2014, Les obligations de confidentialité dans certains contrats d'intermédiation. Dans *L'entreprise et le secret*. CRIDES-Jean Renault, Larcier , Bruxelles, p. 133-168.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les obligations de confidentialité dans certains contrats d'intermédiation

Hervé Jacquemin

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS)

Chargé de cours invité à l'UCL

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Diversité des contrats d'intermédiation. En droit des affaires, il n'est pas rare que, dans la chaîne de production et/ou de distribution des biens et services, de nombreux acteurs interviennent. On constate en effet qu'entre le producteur (le fabriquant) du produit et le client final, un certain nombre de prestataires intermédiaires vont être amenés à jouer un rôle déterminé sur lequel les parties se seront accordées conventionnellement.

Précisons d'emblée que le contrat d'intermédiation ne constitue pas un contrat nommé qui serait doté d'un régime juridique propre. Il s'agit tout au plus d'une catégorie générique assez large qui regroupe une grande variété d'opérations contractuelles, de nature commerciale (agence commerciale, courtage mobilier ou immobilier, intermédiation en assurance, commission, franchise, agence de voyage, etc.) ou technique (service d'archivage ou de recommandé électronique offert par un tiers de confiance, fourniture d'accès à internet, hébergement en ligne, etc.).

De manière schématique, ces opérations visent globalement à mettre en relation un producteur et un client, dans le cadre d'un contrat de distribution commerciale (intermédiation commerciale) ou, toujours dans cette relation producteur/client, à procurer aux parties des moyens techniques leur permettant, à titre accessoire, de se rencontrer et de réaliser certaines opérations en lien avec le contrat principal (intermédiation technique).

2. Intérêt des contrats d'« intermédiation » pour l'analyse de l'obligation de confidentialité. Qu'il s'agisse d'une intermédiation commerciale

ou technique, le prestataire est généralement amené à prendre connaissance (ou, à tout le moins, a la possibilité de prendre connaissance) d'informations de nature confidentielle, qu'il lui est ensuite loisible de divulguer à un tiers ou d'utiliser pour son propre compte.

Deux exemples simples permettent de s'en convaincre.

En matière de distribution commerciale, lorsqu'un agent commercial est chargé par son commettant de la négociation d'affaires et de la conclusion de contrats en son nom et pour son compte, il aura logiquement accès à diverses informations de nature commerciale ou industrielle relatives au produit ou à l'entreprise du commettant (en termes de prix, de marge bénéficiaire, de caractéristiques techniques, de concurrence, de liste de clients, etc.). Ces informations sont assurément utiles pour lui permettre d'exécuter les missions qui lui sont contractuellement confiées par le commettant. On ne peut toutefois pas exclure que l'agent commercial décide de divulguer ces informations potentiellement sensibles à des tiers, concurrents du commettant, ou de les utiliser pour son propre compte, en mettant fin au contrat qui le lie au commettant et en lançant sa propre activité économique.

De même, on comprend sans peine que le gestionnaire d'un forum de discussion ou d'un site de partage de contenus (vidéos, photos, musique, films, etc.), qui joue un rôle d'intermédiaire technique, dispose nécessairement d'information lui permettant d'identifier, avec un niveau d'efficacité plus ou moins grand, les personnes qui postent de manière anonyme des messages sur le forum ou proposent des films en téléchargement (en se référant aux données de connexion, telles que l'adresse IP des utilisateurs). Dès lors qu'elles permettent raisonnablement d'identifier une personne physique, ces informations constituent des données à caractère personnel, régies par un cadre normatif strict, tout en ressortissant à la vie privée des personnes concernées. On peut toutefois se demander si, en cas de propos diffamatoires tenus sur le forum ou de téléchargement effectué en violation des droits de propriété intellectuelle des ayant-droits, ces informations peuvent (ou doivent) être révélées aux victimes ou aux autorités publiques compétentes en vue de poursuivre les contrevenants.

Aussi les contrats d'intermédiation constituent-ils *a priori* un terreau fertile pour l'analyse de l'obligation de confidentialité.

3. Plan et limites de la présente contribution. Dans un premier temps, nous dressons un panorama des règles – d'origine normative ou conventionnelle – susceptibles de s'appliquer aux contrats d'intermédiation, et prescrivant une obligation de confidentialité à charge de ces intermédiaires commerciaux ou techniques (I).

Ensuite, nous examinons l'objet et le contenu de ces règles, en nous attardant sur les notions de « confidentialité », de « secret » ou de « vie privée » et en précisant les obligations qui en résultent pour les parties (II).

D'un point de vue pratique, l'établissement exprès ou implicite d'une obligation de confidentialité à charge d'un intermédiaire poursuit un objectif *préventif*. Pour autant que de besoin, il est ainsi rappelé au prestataire que tout ou partie des informations échangées revêt un statut particulier qui interdit de les divulguer ou de les réutiliser. On ne peut évidemment pas exclure que cette finalité préventive ne soit pas atteinte et qu'à *titre curatif*, des mesures doivent être prises pour sanctionner la violation des obligations de confidentialité voire, dans la mesure du possible, pour limiter autant que possible son incidence. Dans un troisième temps, ces sanctions seront analysées (III).

I. – Sources des obligations de confidentialité

4. Méthodologie retenue pour présenter les sources des obligations de confidentialité. Les sources des obligations de confidentialité (en ce compris les obligations de secret) sont nombreuses et variées. Par souci de clarté, nous distinguons, d'une part, les exigences d'origine normative, d'autre part, les dispositions conventionnelles prises par les parties elles-mêmes. Précisons que les deux catégories ne sont pas parfaitement étanches : des dispositions légales ou réglementaires peuvent en effet imposer la rédaction d'un contrat muni d'un contenu particulier et sanctionner, par ailleurs, sa méconnaissance¹.

Les exigences d'ordre normatif doivent s'entendre largement : elles couvrent non seulement les dispositions légales ou réglementaires (au niveau belge et international) mais également les règles d'auto- ou de co-régulation. Elles seront présentées du particulier au général, tenant compte de leur champ d'application plus ou moins large².

A. – Normes particulières

5. Intermédiation commerciale. De manière générale, de nombreux contrats d'intermédiation commerciale ne sont pas des contrats nommés, soumis à un cadre normatif spécifique qui régirait tout ou partie de la

¹ Sur ce point, voy. par ex. *infra*, n° 9.

² Les références sont données à titre exemplatif et ne prétendent pas à l'exhaustivité, tant les hypothèses d'intermédiation sont nombreuses.

relation contractuelle³. Aussi faut-il se référer à la théorie générale des contrats ou aux dispositions conventionnelles à moins que, par nature, le contrat requière de l'intermédiaire qu'il fasse preuve de discrétion : tel est le cas du commissionnaire qui ne peut pas communiquer l'identité du commettant (uniquement sa qualité) ou du prête-nom, qui ne peut divulguer aucune des informations relativement à son mandant (ni son identité, ni sa qualité)⁴.

On trouve également des législations particulières pour certains contrats d'intermédiation commerciale (et qui règlent tout ou partie de la relation contractuelle), dans lesquelles des obligations de confidentialité (à entendre au sens large) sont expressément introduites.

On songe notamment à la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial⁵ (ci-après, loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial), qui s'applique principalement à la franchise et qui dispose, en son article 6, que « les personnes sont tenues à la confidentialité des informations qu'elles obtiennent en vue de la conclusion de l'accord de partenariat commercial et ne peuvent les utiliser, directement ou indirectement, en dehors de l'accord de partenariat commercial à conclure »⁶. Les principales obligations de la loi reposent sur la personne qui octroie le droit et consistent en la fourniture de diverses informations pour permettre à la personne qui reçoit le droit de s'engager en pleine connaissance de cause. Elle est en effet considérée comme la partie faible au rapport contractuel (pour la clarté de l'explication, nous nous référons uniquement au contrat de franchise). Au nombre des informations

³ De manière générale, sur ces contrats d'intermédiation commerciale, qu'ils fassent ou pas l'objet de dispositions légales spécifiques, voy. N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 477 et s. ; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, Th. LÉONARD, Y. POULLET, avec la coll. de H. JACQUEMIN, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 331 et s. ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et s.

⁴ P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : quid en cas de clause de confidentialité ? », *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 440 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., p. 10, n° 7.

⁵ M.B., 18 janvier 2006.

⁶ Sur cette disposition, voy. P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », *Le droit de la distribution*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 168 et s., n° 86 ; P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, p. 264 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, pp. 128 et s.

échangées, on trouvera des informations confidentielles, notamment en ce qu'elles ressortissent au savoir-faire du franchiseur. Il fallait donc éviter que, sous prétexte de rétablir un équilibre entre les parties, la communication d'informations se traduise par un pillage légalement organisé des secrets du franchiseur par des concurrents peu scrupuleux. Rappelons en effet que rien n'oblige les parties qui participent à la négociation de l'accord de partenariat commercial à conclure le contrat. Dans le domaine de la franchise, on peut aussi mentionner le Code de déontologie européen de la franchise, qui définit l'opération comme un « système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur ». Le mécanisme suppose à tout le moins la transmission d'un « savoir-faire », qui doit être secret, substantiel et identifié⁷.

On peut encore citer la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial⁸ (ci-après, loi sur le courtage matrimonial) qui détermine la manière dont les données personnelles des candidats au mariage sont utilisées et diffusées aux tiers⁹ ; la loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier¹⁰, suivant laquelle des normes déontologiques doivent imposer aux titulaires de la profession « de respecter une obligation de discrétion, à savoir que toute information obtenue par la voie professionnelle ne soit utilisée que dans un cadre professionnel, en tenant compte du droit au respect de la vie privée de tous les intéressés »¹¹ ou encore l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyage qui leur impose une obligation de secret relativement aux informations des clients¹².

⁷ Pour la définition du « savoir-faire », voy. le Code de déontologie européen de la franchise et l'art. 1^{er}, g), du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁸ M.B., 24 avril 1993.

⁹ Voy. l'art. 3, al. 4, et l'art. 6, § 2, de la loi sur le courtage matrimonial. On comprend aisément que les entreprises exerçant des activités de courtage matrimonial seront nécessairement amenées à prendre connaissance d'informations ressortissant à la vie privée des candidats au mariage ou à une union stable.

¹⁰ M.B., 22 août 2013.

¹¹ Art. 13, 2°, de la loi.

¹² Art. 18, 1°, c), de l'A.G.W. du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyages, M.B., 16 juin 2010.

Dans une moindre mesure, la loi 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale¹³ peut être citée : l'obligation imposée à l'agent commercial de veiller aux intérêts du commettant et d'agir loyalement et de bonne foi¹⁴ est en effet interprétée comme un devoir de l'agent de s'abstenir de divulguer des secrets commerciaux ou industriels (pendant l'exécution du contrat ou après sa dissolution), ou d'exploiter après la cessation du contrat les informations confidentielles dont il aurait eu connaissance¹⁵.

6. Intermédiation technique. En matière d'intermédiation technique, des dispositions particulières ont également été prises.

Des exigences de confidentialité figurent dans la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (ci-après, loi sur la signature électronique)¹⁶. Elles s'adressent au titulaire du certificat et au prestataire de services de certification et ont trait à la confidentialité des données afférentes à la création de signature¹⁷. Cette loi est également intéressante en ce qu'elle règle certains aspects des traitements de données à caractère personnel réalisés dans le cadre de la délivrance et de la conservation des certificats¹⁸ (sans préjudice de la LVP). Dans ce contexte, on doit mentionner la proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique¹⁹ (ci-après, proposition de loi sur les services de confiance). Elle vise en effet à insérer un titre 2 dans le Livre XII du Code de droit économique, pour encadrer les signatures électroniques (en abrogeant et remplaçant la loi précitée) mais aussi d'autres activités d'intermédiation technique telles que l'archivage électronique, le recommandé électronique et l'horodatage électronique. Le texte en projet contient ainsi de nombreuses exigences de confidentialité ou relatives aux actes posés sur les données par les prestataires, tout en réglant également certains aspects des traitements de

¹³ M.B., 2 juin 1995.

¹⁴ Art. 6, al. 1^{er}, de la loi.

¹⁵ P. DEMOLIN, *Agent commercial, agent de banque, agent d'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 63-64, n° 45. Voy. aussi Cl. VERBRAEKEN p et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 109, n° 87.

¹⁶ M.B., 29 septembre 2001.

¹⁷ Voy. les art. 12, § 2, 19, § 1^{er}, ainsi que l'Annexe II, point g) et l'Annexe III, point 1.a). Les « données afférentes à la création de signature » sont définies par la loi comme étant « des données uniques, telles que des codes ou des clés cryptographiques privées, que le signataire utilise pour créer une signature électronique avancée » (art. 2, 6°, de la loi).

¹⁸ Art. 5 de la loi sur la signature électronique et les PSC.

¹⁹ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001.

données à caractère personnel²⁰. Il faut encore citer, dans le même sens, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur²¹, qui impose une obligation de confidentialité et d'intégrité des données au prestataire de services de confiance (art. 11).

Sur le plan de l'intermédiation technique, il existe encore la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques²², qui contient une section intitulée « secret des communications, traitement des données et protection de la vie privée » (art. 122 et s.). En ce qu'elle s'adresse aux intermédiaires techniques (en particulier les opérateurs), on peut la considérer comme une norme spécifique. Il faut toutefois souligner que certaines dispositions ont un champ d'application *ratione personae* beaucoup plus large, qui permettent de les considérer comme des normes générales (*infra*, n^{os} 7 et s.). Tel est notamment le cas de l'article 124, aux termes duquel, « s'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ; 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;

3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;

4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non ».

Dans le même registre, on peut encore mentionner l'article 314*bis* du Code pénal qui punit les infractions relatives au secret des communications et des télécommunications privées (suivant le titre du chapitre VII*bis*).

²⁰ Voy. les art. XII.33, XII.43 et XII.26 de la proposition de loi, ainsi que l'Annexe II, g), l'Annexe III, 1.a), l'Annexe V, l'Annexe VI et l'Annexe VII, tels qu'introduits par l'amendement du Gouvernement du 25 septembre 2013 et relatif à la proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration d'un droit de droit de l'économie électronique (Doc. Parl. Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/004).

²¹ COM(2012) 238 final.

²² M.B., 20 juin 2005.

B. – Normes générales

7. Variété des normes générales. Aux règles particulières citées précédemment s'ajoutent les nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui ne concernent pas uniquement l'intermédiation commerciale ou technique, mais qui peuvent néanmoins être invoquées dans cette hypothèse, eu égard à leur champ d'application large. *A priori*, aucune différence ne doit être faite entre l'intermédiation technique et l'intermédiation commerciale, dans la mesure où l'application de ces normes générales ne paraît pas dépendre des éléments caractéristiques révélés par cette distinction. Aussi analysons-nous successivement l'obligation de secret des affaires et/ou professionnel (*infra*, n° 8), le droit à la protection de la vie privée des personnes physiques ou morales (*infra*, n° 9) et les exigences de bonne foi ou de loyauté (*infra*, n° 10).

8. Obligation de secret (des affaires ou professionnel). Pour autant que l'on s'entende sur la notion (*infra*, n° 16), la violation de secrets d'affaires et/ou de la fabrique²³ peut être considérée comme un acte de concurrence déloyale, dans les conditions de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur²⁴ (ci-après, LPMC) ou de l'article IV.104 du Code de droit économique, qui remplacera cette disposition, dès son entrée en vigueur. Une sanction pénale est également possible dans certains cas puisqu'aux termes de l'article 309 du Code pénal, « celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à deux mille euros ». Enfin, des recours sont envisageables conformément aux règles en matière de propriété intellectuelle ou de droit du travail²⁵.

On peut se demander si l'article 458 du Code pénal, qui punit d'une peine d'emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent euros à cinq cents euros la violation du secret professionnel, s'applique aux intermédiaires commerciaux ou techniques, voire à certains d'entre

²³ Sur le secret des affaires et/ou de la fabrique, voy. M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaires et la procédure de saisie en matière de contrefaçon », *Cah. Jur.*, 2011/1, pp. 13 et s. ; J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93 et s.

²⁴ M.B., 12 avril 2010.

²⁵ Nous renvoyons le lecteur aux contributions du présent ouvrage consacrées à ces sujets.

eux²⁶. *Ratione personae*, l'obligation de secret s'impose aux « médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie »²⁷. C'est en se basant sur cette dernière catégorie, potentiellement large, que l'obligation de secret professionnel est imposée aux avocats, notaires ou ministres du culte. S'agissant des intermédiaires commerciaux ou techniques, il faut raisonner au cas par cas, en tenant compte des caractéristiques de chaque activité d'intermédiation, pour établir si leurs titulaires sont dépositaires des secrets qu'on leur confie par état ou par profession. De manière générale, la réponse devrait cependant se révéler négative. La jurisprudence a ainsi décidé que l'article 458 du Code pénal ne s'appliquait pas aux agents de change²⁸ ou aux compagnies d'assurance²⁹. Il devrait en être de même des agents immobiliers : l'arrêté royal du 6 septembre 1993 protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier soumettait ceux-ci au « secret professionnel »³⁰ mais la doctrine jugeait douteux, à raison, que cette disposition renvoie au secret professionnel tel que protégé par l'article 458 du Code pénal³¹. La conclusion se vérifie d'autant plus depuis que l'article contenant cette référence au secret professionnel a été abrogé³² et que la profession d'agent immobilier est régie par de nouvelles règles, qui ne contiennent plus une telle référence et se bornent à leur imposer un devoir de discrétion (voy. l'article 13 de la loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier, citée *supra*, n° 5). La formulation de cette disposition est plus conforme aux principes généralement défendus et suivant lesquels les prestataires qui ne sont pas soumis au secret professionnel de l'article 458 du Code pénal peuvent le cas échéant être débiteurs d'un devoir de discrétion, dont la méconnaissance n'est pas sanctionnée pénalement.

9. Protection de la vie privée (en ce compris dans le cadre des traitements de données à caractère personnel). De nombreux textes ont été

²⁶ Sur cette disposition, en particulier son champ d'application, voy. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 324 et s. ; Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *Les infractions*, Vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 689 et s.

²⁷ C'est nous qui soulignons.

²⁸ Cass., 26 septembre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 89.

²⁹ Mons, 21 juin 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.793.

³⁰ Art. 5, 4° de l'arrêté royal.

³¹ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 332, n° 441.

³² Art. 8, § 1^{er}, de l'A.R. du 30 août 2013 relatif à l'accès à la profession d'agent immobilier, *M.B.*, 6 septembre 2013.

adoptés au niveau international et européen³³ et au niveau belge³⁴ en vue de protéger la vie privée des personnes physiques et, le cas échéant, des personnes morales. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi étendu la protection de la vie privée aux activités professionnelles et commerciales³⁵, tout en acceptant de protéger le domicile d'une personne morale³⁶. Aussi était-il cohérent et logique qu'un pas supplémentaire soit franchi, avec la protection de la vie privée des personnes morales³⁷. Dans un arrêt du 19 septembre 2007, la Cour constitutionnelle a aussi jugé que « le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires »³⁸. Ces exigences s'appliquent assurément en matière d'intermédiation commerciale ou technique, à un double niveau. D'une part, l'entreprise en relation avec l'intermédiaire peut revendiquer la protection des éléments ressortissant à sa vie privée professionnelle (et tenant principalement à ses secrets d'affaires), et qui concernent par exemple les informations financières, commerciales ou techniques en lien direct avec son activité professionnelle. D'autre part, la protection de la vie privée dont peuvent se prévaloir les clients de l'entreprise en relation avec l'intermédiaire (en amont ou en aval) peut également bénéficier, indirectement, au cocontractant de ce dernier. Elle limite en effet les opérations susceptibles d'être réalisées par l'intermédiaire avec ces données (des données clients, essentiellement, contenant des données d'identification, des habitudes d'achat, etc.) puisque, ce faisant, il risque de poser des actes qui violent le droit à la vie privée de ces clients.

Le cas échéant, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁹

³³ Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

³⁴ Art. 22 de la Constitution.

³⁵ Cour eur. D. H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 29 ; Cour eur. D.H., 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*, § 47.

³⁶ Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas e. a. c. France*, § 41.

³⁷ En doctrine, voy. not. M. COIPEL, « Le droit à la vie privée des personnes morales et sa contradiction avec le principe du contradictoire », *J.D.S.C.*, 2012/2, pp. 12 et s. ; J.-P. BUYLE, *op. cit.*, pp. 106-107.

³⁸ C. const., arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007. Voy. aussi C.J.C.E., 14 février 2008, aff. C-450/06, *Valrec c. État belge*.

³⁹ *M.B.*, 18 mars 1993. À ce sujet, voy. par ex. J.-M. VAN GYSEGHEM, « La loi dite "vie privée" du 8 décembre 1992 : la transversalité en évolution », *Droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 9 et s. ; R. ROBERT, « Archivage des emails et protection de la vie privée », *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 59 et s. On note que le cadre normatif pourrait évoluer prochainement. La Commission européenne a en effet

(ci-après, LVP) doit être observée. Cette loi s'applique aux traitements de données à caractère personnel⁴⁰ : les informations doivent par conséquent concerner des personnes physiques identifiées ou identifiables. Elle impose diverses obligations au responsable du traitement (information de la personne concernée ; déclaration auprès de la Commission de protection de la vie privée ; exigence d'un motif de légitimation du traitement, tel que le consentement de la personne concernée ou le respect d'une obligation légale ou réglementaire ; interdiction du traitement de certaines données sensibles, sauf exception prévue par la LVP ; etc.). Dans la grande majorité des cas, l'intermédiaire commercial ou technique sera amené à traiter des données à caractère personnel dans le cadre de ses activités. En tant qu'intermédiaire commercial, il utilisera des fichiers comprenant diverses informations sur ses clients (nom d'une personne physique, coordonnées, opérations effectuées, etc.), fichiers qu'il aura constitué lui-même ou que l'acteur économique en amont – le commettant, par exemple, dans le cadre d'un contrat d'agence commerciale – aura mis à sa disposition. Quant à l'intermédiaire technique, il peut s'agir d'un tiers de confiance qui intervient pour archiver certaines données d'une relation contractuelle entre un prestataire et son client (dématérialisation à la source ou numérisation ultérieure de données originellement au format « papier »).

Pour l'application de cette loi, il importe de déterminer si l'intermédiaire intervient en qualité de responsable du traitement⁴¹, de sous-traitant⁴², ou de tiers⁴³, par rapport aux traitements de données qui sont réalisés. Suivant l'hypothèse, les obligations qui lui incombent seront en effet plus ou moins importantes. Il y a sous-traitance lorsque l'intermédiaire traite les données pour le compte du responsable du traitement. Ces considérations ne sont pas anodines : lorsqu'un traitement de données à caractère personnel est confié à un sous-traitant, l'article 16, § 1^{er}, de la LVP impose la rédaction d'un contrat écrit qui doit en tout cas fixer la responsabilité

déposé une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM (2012) 11 final. Sur ce règlement, voy. C. GAYREL et R. ROBERT, « Proposition de règlement sur la protection des données », *J.D.E.*, 2012, pp. 173-181.

⁴⁰ Les notions de « données à caractère personnel » et de « traitement » sont respectivement définies à l'art. 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, de la LVP.

⁴¹ Cette notion est définie à l'art. 1^{er}, § 4, de la LVP. Le responsable du traitement est celui qui détermine, seul ou conjointement avec d'autres, les finalités et les moyens du traitement de données.

⁴² Cette notion est définie à l'art. 1^{er}, § 5, de la LVP.

⁴³ Cette notion est définie à l'art. 1^{er}, § 6, de la LVP.

du sous-traitant l'égard du responsable et établir que le sous-traitant n'agit que sur la seule instruction du responsable. Le choix du sous-traitant doit également se faire en tenant compte des garanties apportées par ce dernier au regard des mesures de sécurité technique et organisationnelle relatives aux traitements. En pratique, l'exercice de qualification, qui doit se faire à l'aune des éléments de fait du cas d'espèce, peut se révéler délicat. Tel est notamment le cas pour certains intermédiaires techniques proposant leur services dans le Cloud (informatique dans les nuages), en SaaS (Software as a Service), PaaS (Platform as a Service) ou IaaS (Infrastructure as a Service). L'acteur économique qui décide de recourir au Cloud pour héberger certaines données doit normalement être vu comme le responsable du traitement ; quant au prestataire de Cloud, on estime généralement qu'il intervient en tant que sous-traitant⁴⁴, dès lors qu'il fournit les moyens et la plateforme pour le compte de l'acteur économique⁴⁵. On trouve cependant des auteurs qui défendent de manière convaincante l'idée que certains prestataires de Cloud ne seraient pas nécessairement des sous-traitants au sens de la LVP⁴⁶.

10. Bonne foi et loyauté. Rien n'empêche d'invoquer l'obligation de bonne foi en matière contractuelle, ou l'exigence de loyauté en matière commerciale, pour en déduire une obligation de confidentialité à charge de l'intermédiaire commercial ou technique.

L'article 1134, alinéa 3, du Code civil stipule en effet que les obligations sont exécutées de bonne foi⁴⁷. Il s'agit assurément d'un principe essentiel

⁴⁴ Groupe 29, Avis n° 5/2012 sur l'informatique en nuage, adopté 1^{er} juillet 2012, WP196, spécialement point 3.3. ; CNIL, *Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de Cloud computing*, juin 2012, disponible sur http://www.cnil.fr/fileadmin/images/la_cnil/actualite/Recommandations_pour_les_entreprises_qui_envisagent_de_souscrire_a_des_services_de_Cloud.pdf (voy. en particulier la recommandation n° 5) ; *Le Cloud computing – Une opportunité pour l'économie en Belgique*, rapport rédigé par UNISYS pour le SPF Economie, 2013, p. 42. En doctrine, voy. not. J.-M. VAN GYSEGHEM, « Cloud Computing et protection des données à caractère personnel : mise en ménage possible ? », *R.D.T.I.*, 2011/42, pp. 39 et s. ; B. DOCQUIR, « Le "cloud computing" ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C.*, 2011, pp. 1007 et s.

⁴⁵ Même si, dans certains cas d'espèce, une qualification en tant que co-responsable ou responsable à part entière n'est pas à exclure.

⁴⁶ W. KUAN HON, Ch. MILLARD et I. WALDEN, « Who is Responsible for "Personal Data" in Cloud computing ? – The Cloud of Unknowing, Part 2 », *Legal Studies Research Paper* no 77/2011, accessible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1794130, et également publié dans *International Data Privacy Law*, 2012/2, pp. 3-18.

⁴⁷ Sur l'obligation de bonne foi, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 125 et s., n°s 112 et s. ; P. VAN OMMESLAGNE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 168 et s., n°s 93 et s.

du droit des obligations contractuelles, dont l'application ne se limite pas à la phase d'exécution des contrats, mais s'étend également à la période précontractuelle (jusqu'à la conclusion du contrat proprement dite) et à la dissolution du contrat. En matière contractuelle, la bonne foi impose d'« agir en honnête homme, en homme normalement raisonnable et équitable »⁴⁸. Par application de sa fonction complétive, on peut ajouter aux obligations contractuelles acceptées par ailleurs de nouveaux devoirs, à charge des parties ou de l'une d'elles. Si ce fondement a surtout permis à la jurisprudence et à la doctrine d'imposer des obligations d'information, de renseignement, de conseil ou de mise en garde, on peut également l'invoquer dans l'hypothèse contraire, pour interdire la divulgation ou l'utilisation de certaines informations obtenues par l'intermédiaire en cours de négociation ou d'exécution du contrat (peu importe, du reste, que l'acteur de la chaîne de distribution qui a divulgué l'information confidentielle ou le secret est situé en amont ou en aval)⁴⁹.

On peut également se fonder sur l'interdiction des actes de concurrence déloyale figurant à l'article 95 de la LPMC (remplacé, dès son entrée en vigueur, par l'article VI.104 du Code de droit économique, identique sur le fond). Cette disposition interdit en effet « tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ». La notion d'*acte contraire aux pratiques honnêtes du marché* n'est pas définie légalement. La doctrine et la jurisprudence ont toutefois eu l'occasion d'en préciser les contours⁵⁰. On admet que les « pratiques honnêtes du marché » couvrent les normes formulées, figurant expressément

⁴⁸ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources », *J.T.*, 1996, p. 701.

⁴⁹ En ce sens, P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : quid en cas de clause de confidentialité ? », *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 441 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, p. 129 ; P. MARCHANDISE, « La libre négociation, droits et obligations des négociateurs », *J.T.*, 1987, p. 623, n° 23.

⁵⁰ En doctrine, voy. not. P. DE VROEDE, « La notion "usages honnêtes en matière commerciale" », note sous Bruxelles, 27 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 65 et s. ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », *Les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 148 et s. ; F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, « Les pratiques du commerce (volume 2) », *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, tiré à part du *Gu.J.E.*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 91 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché déloyales entre entreprises », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 113 et s.

dans un texte normatif ainsi que les normes de comportement non formulées. Dans cette seconde hypothèse, on apprécie le comportement d'une entreprise (qui violerait des obligations de confidentialité ou de secret) à l'aune de la pratique honnête du marché. S'agissant spécifiquement de l'« honnêteté », on se souviendra que celle-ci renvoie plus précisément au standard minimum de fair-play ou de loyauté dont les entreprises doivent faire preuve. On considère d'ailleurs qu'il ne suffit pas à l'entreprise d'être de bonne foi pour échapper à l'application de l'article 95 LPMC⁵¹. De même, l'honnêteté économique ne se confond pas nécessairement avec la morale⁵² ou les règles déontologiques⁵³. La jurisprudence a ainsi pu estimer, en raison des circonstances, que le débauchage, par une entreprise, du personnel d'une autre entreprise constituait un acte de concurrence déloyale lorsque le personnel employé utilise les données confidentielles de son ancien employeur⁵⁴. Par identité de motifs, il devrait en être de même des intermédiaires commerciaux ou techniques méconnaissant leur obligation de confidentialité.

C. – Obligation de confidentialité d'origine conventionnelle

11. Obligation prescrite à tout moment du processus contractuel. Par application du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent décider de s'imposer mutuellement une obligation de confidentialité⁵⁵.

Lorsque les négociations commerciales impliquent (comme ce sera généralement le cas) que chaque partenaire divulgue certaines informations couvertes par le secret et/ou la confidentialité, les parties veilleront généralement à signer d'entrée de jeu une convention de confidentialité (ou NDA – *Non Disclosure Agreement*).

⁵¹ Liège, 22 juin 2004, *Ann. Prat. Comm.*, 2004, p. 316 ; Comm. Gand (prés.), 4 février 2002, *Ann. Prat. Comm.*, 2002, p. 530 ; Cass., 31 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 481.

⁵² Un comportement immoral peut toutefois contrevenir aux pratiques honnêtes du marché (en ce sens, Comm. Turnhout (prés.), 7 novembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 289).

⁵³ Voy. F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, « Les pratiques du commerce (volume 2) », *op. cit.*, pp. 92-93.

⁵⁴ Pour des illustrations, voy. Comm. Charleroi (prés.), 10 décembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 652 (pas de débauchage en l'espèce) ; Comm. Bruges (prés.), 12 juin 2008, *T.G.R.*, 2008, p. 344 ; Liège, 2 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 209.

⁵⁵ Sur les accords de confidentialité, voy. par ex. P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : quid en cas de clause de confidentialité ? », *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 437 et s. ; M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 259 et s.

La convention signée ultérieurement par l'intermédiaire commercial et/ou technique contiendra également une clause de confidentialité, applicable indifféremment à tous les cocontractants, et qui « survivra » généralement à la dissolution du contrat (pendant une période contractuellement convenue).

12. Éléments principaux. Les parties étant libres de définir le contenu et la portée de cette clause particulière (dans la limite des dispositions impératives ou d'ordre public, applicables par ailleurs), on peut théoriquement trouver autant de clauses de confidentialité différentes que de contrats. En pratique, il s'agit cependant d'une clause assez standard et, sous réserve de différences de formulation, on y trouve généralement les éléments suivants.

Les parties veilleront d'abord à définir, plus ou moins largement, ce qu'elles entendent par « information confidentielle ». Parallèlement, elles s'emploieront à déterminer les critères permettant d'exclure certaines données du champ d'application de la clause (informations appartenant au domaine public ou déjà connues du cocontractant avant l'entrée en vigueur de la convention, etc.). Sur le plan matériel, la clause de confidentialité règlera ensuite les obligations de la partie qui reçoit ou a accès aux informations concernées (interdiction générale de révéler l'information et détermination des personnes susceptibles d'en prendre connaissance au sein de l'entreprise, destruction ou restitution des informations confidentielles sur demande, etc.) et les hypothèses dans lesquelles elle sera dispensée de respecter celles-ci (obligation légale ou réglementaire, demande d'une autorité publique, etc.). Le non-respect de la clause peut également être assorti d'une sanction lourde (clause pénale, possibilité de mettre fin au contrat, etc.).

II. – Objet et contenu des obligations de confidentialité

A. – Notions de « secret », de « confidentialité » ou de « vie privée »

13. Diversité terminologique. L'analyse des sources des obligations de confidentialité en matière d'intermédiation commerciale ou technique fait clairement apparaître que, sur le plan terminologique, on fait tantôt référence à la « confidentialité » en tant que telle, tantôt au « secret », qui peut être d'affaires, de la fabrique, professionnel ou des communications, tantôt encore à la protection de la « vie privée » ou des données à caractère personnel.

On peut s'interroger sur l'acception de ces différents termes, qui ne sont pas nécessairement définis légalement, et sur la manière de les articuler entre eux.

14. Éléments communs. L'obligation de confidentialité (entendue au sens large et englobant également l'obligation de secret) ne peut se concevoir que dans une perspective relationnelle.

Une personne – le cocontractant de l'intermédiaire commercial ou technique – détient une information « privilégiée » et secrète, en ce sens qu'elle n'est pas connue au-delà d'un cercle restreint, ni aisément accessible. À l'occasion de négociations ou de l'exécution d'un contrat avec l'intermédiaire commercial ou technique, cette information est divulguée à ce dernier, qui en prend effectivement connaissance ou, à tout le moins, à l'occasion d'en prendre connaissance. L'information est ainsi divulguée dans un contexte précis et pour des finalités spécifiques (par exemple, permettre la négociation d'affaires par l'agent commercial ou héberger au format électronique diverses données transmises par un destinataire de service). C'est cette première divulgation qui fait naître, dans le chef de la personne désormais dépositaire de l'information, une obligation de confidentialité. Plus précisément, celle-ci est en tous cas tenue à une obligation de « se taire », qui lui interdit, sauf exception, de divulguer l'information à un tiers.

De manière générale, la violation de l'obligation de confidentialité résulte donc d'une première relation entre un acteur économique et l'intermédiaire commercial ou technique (à l'occasion de laquelle l'information est divulguée à ce dernier), suivie d'une seconde relation entre ce dernier et un tiers, auquel il divulgue à son tour l'information privilégiée. Il faudra établir si la violation de l'obligation de confidentialité et l'application d'une éventuelle sanction est la conséquence de la simple divulgation de l'information au tiers ou s'il faut également que le tiers utilise cette information (de nature à porter préjudice à l'auteur de l'information privilégiée).

Nous verrons par la suite s'il est également possible d'assimiler à la divulgation au tiers l'utilisation, par le dépositaire du secret, de l'information à son profit⁵⁶ (en dehors du contexte de divulgation initiale et pour d'autres finalités).

15. Éléments permettant de donner une portée plus ou moins large à l'obligation de confidentialité. À la lumière des éléments décrits précédemment (*supra*, n° 14) et tenant compte de dispositions normatives ou

⁵⁶ Même si, *stricto sensu*, il n'y a pas de divulgation dans cette hypothèse spécifique.

conventionnelles susceptibles d'encadrer l'obligation de confidentialité (*supra*, point I), une portée plus ou moins large peut être donnée à celle-ci. Il nous paraît intéressant de revenir brièvement sur ces notions et sur la manière de les articuler entre elles.

Dans tous les cas, et tenant compte de la portée particulièrement large reconnue au droit à la protection de la vie privée, il semble que les obligations de confidentialité ou les obligations de secret puissent généralement être vues comme des applications de ce droit fondamental.

16. Obligation de confidentialité et secret. L'analyse des sources de l'obligation de confidentialité dans les contrats d'intermédiation a montré que l'intermédiaire, en tant que destinataire de l'information, pouvait être tenu, de manière générale, à une « obligation de confidentialité »⁵⁷.

Dans ces hypothèses, aucune information ne semble écartée, même si l'exigence est étroitement liée au domaine d'application de la loi. S'agissant par exemple de l'obligation de confidentialité visée à l'article 6 de la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial, la doctrine relève que cette exigence couvre le savoir-faire de l'entreprise mais également, dans le chef du candidat, « des informations confidentielles sur sa personne, sur son patrimoine et sur ses activités antérieures »⁵⁸. Dans la loi sur la signature électronique, les obligations de confidentialité sont plus circonscrites puisqu'elles se limitent aux informations en lien direct avec le procédé de signature utilisé (les données afférentes à la création de signature). Lorsqu'une clause de confidentialité est introduite dans un contrat, les parties veillent d'ailleurs à définir l'information confidentielle de manière très large, celle-ci couvrant *a priori* tout type d'information qui est divulguée par l'une des parties à l'autre, quelle que soit par ailleurs sa nature (commerciale, financière, technique, ressortissant par exemple au know how ou aux secrets d'affaires, et qu'il s'agisse de rapports, de programmes d'ordinateurs, d'études, de dessins, de bilans, etc.), son support (papier ou électronique) ou son mode de diffusion. Logiquement, les parties veillent à

⁵⁷ Tel est le cas à l'article 6 de la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial (intermédiation commerciale), dans diverses dispositions de la proposition de loi sur les activités de certains prestataires de services de confiance (intermédiation technique) ou dans les clauses de confidentialité d'origine conventionnelle (et que l'on trouve dans les contrats d'intermédiation commerciale ou d'intermédiation technique).

⁵⁸ P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », *Le droit de la distribution*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 168 et s., n° 86.

exclure de la notion d'information confidentielle toute information qui ressortirait au domaine public ou qui serait déjà connue par le destinataire de l'information, avant la divulgation. Dans ces hypothèses, on peut difficilement considérer que l'information ne serait pas connue au-delà d'un cercle restreint ou aisément accessible. Il appartient toutefois au destinataire de faire la preuve de ces conditions.

Les exigences de « secret » des affaires, professionnel ou des communications, semblent constituer des variantes de l'obligation de confidentialité, en ce qu'elles possèdent un champ d'application plus restreint (elles sont soumises à davantage de conditions).

La notion de « secret d'affaires » n'est pas définie en droit belge. Aussi se fonde-t-on généralement sur des instruments normatifs adoptés au niveau international ou européen pour en circonscrire la portée. On cite par exemple le Traité ADPIC (art. 39.2.) ou le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie⁵⁹. C'est notamment à l'aune de ces textes que la doctrine retient plusieurs conditions pour admettre qu'un secret d'affaires puisse être protégé : il doit « être secret (en ce sens qu'il n'est pas généralement connu ni aisément accessible pour les milieux intéressés, et ce même s'il est partagé par plusieurs entreprises), être substantiel (en ce sens que sa divulgation est susceptible de causer un préjudice à son détenteur) et avoir fait l'objet de mesures raisonnables pour en conserver le secret (un secret non raisonnablement protégé n'est en effet un secret que par accident, et non par nature, puisqu'il peut dans ce cas être percé sans grands efforts) »⁶⁰. Toute information, aussi secrète soit-elle, ne constitue donc un « secret

⁵⁹ J.O., L 123 du 27 avril 2004. Le règlement définit le « savoir-faire » (généralement considéré comme un sous-ensemble du « secret d'affaire »), comme « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est :

- i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ;
- ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels, et
- iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité » (art. 1^{er}, littera i).

Voy. aussi la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM(2013) 813 final.

⁶⁰ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 14 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 15. Pour une autre définition du secret d'affaires, voy. J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 122, n° 29 (qui le définit comme « toutes informations ou connaissances de nature commerciale, financière ou administrative (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'un secret de fabrication) ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts »).

d'affaires » que si elle est possède un caractère substantiel (l'information doit avoir une valeur commerciale susceptible de conférer un avantage concurrentiel à l'entreprise) et si des mesures raisonnables ont été prises pour en préserver le secret (ce qui témoigne de la valeur et de l'importance que l'entreprise lui témoigne). Il s'agit généralement d'informations de nature commerciale, financière ou technique.

Le « secret de la fabrique » possède une acception encore plus réduite puisqu'il s'agit d'une subdivision du secret d'affaires, portant avant tout sur des secrets de nature technique⁶¹. Telle est d'ailleurs la signification qu'il convient de lui donner au sens de l'article 309 du Code pénal⁶².

L'obligation de secret professionnel peut également être mentionnée étant entendu que, comme indiqué précédemment, les intermédiaires ne sont normalement pas soumis à l'article 458 du Code pénal. Toutefois, ils restent au moins tenus à une obligation de discrétion (nonobstant, d'ailleurs, les termes utilisés dans les textes légaux ou réglementaires). L'obligation de secret qui pèse sur ces intermédiaires est donc limitée (et justifié) par l'exercice d'une activité professionnelle spécifique. Par exemple, conformément à l'arrêt du Gouvernement wallon, le titulaire d'une autorisation permettant d'exercer une activité d'agent de voyages est tenu, envers ses clients, « de garder secrètes toutes les conditions d'un voyage ou séjour, même si ce voyage n'a pas été accompli, à moins qu'il n'ait reçu des instructions du client à ce sujet, qu'il ne soit appelé à rendre témoignage en justice ou que la loi ne l'oblige à faire connaître ces conditions »⁶³.

17. Protection des données à caractère personnel. Les dispositions de la LVP ont pour objectif principal de protéger la vie privée des personnes physiques concernées par les traitements de données à caractère

⁶¹ Voy. M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaires et la procédure de saisie en matière de contrefaçon », *Cah. Jur.*, 2011/1, p. 14 ; J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 97, n° 9 ; Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 358 (le secret de fabrique est « un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant un avantage technique et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »).

⁶² Pour un commentaire de cette disposition, voy. Ch. DE VALKENEER, « Les infractions relatives à l'industrie et au commerce », *Les infractions*, Vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 498 et s.

⁶³ Art. 18, 1° c), de l'A.G.W. du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyages, *M.B.*, 16 juin 2010.

personnel. Dans le cadre des activités d'intermédiation commerciale ou technique, le champ d'application des dispositions protectrices (et, corrélativement, l'objectif poursuivi) est donc plus limité qu'en matière d'obligation de confidentialité ou de secret d'affaires (puisque'il ne concerne que les données à caractère personnel). Il est aussi beaucoup plus large dans la mesure où il ne s'agit pas seulement de préserver la confidentialité des données (en encadrant et, le cas échéant, en empêchant leur divulgation et/ou toute possible utilisation par des tiers ou d'autres intervenants). Le but est aussi de veiller à ce qu'indépendamment de tout problème de confidentialité, les traitements soient légitimes (et fondés sur le consentement de la personne concernée par exemple) et transparents (de nombreuses obligations d'information étant imposées au responsable).

Pour garantir la sécurité des données à caractère personnel, l'article 16, § 4, de la LVP impose ainsi au « responsable du traitement et, le cas échéant, son représentant en Belgique, ainsi qu' [au] sous-traitant [de] prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l'accès et tout autre traitement non autorisé de données à caractère personnel ». Ces mesures doivent par ailleurs « assurer un niveau de protection adéquat, compte tenu, d'une part, de l'état de la technique en la matière et des frais qu'entraîne l'application de ces mesures et, d'autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels ».

Les conditions matérielles auxquelles tout traitement doit satisfaire permettent également de réguler toute divulgation des données : aux termes de l'article 4 de la LVP, les données doivent être « traitées loyalement et licitement » (1°), et « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents [...] » (2°). Lorsque l'intermédiaire transmet les données à des tiers (à des fins de marketing, par exemple) ou qu'il les utilise lui-même, on pourrait considérer qu'il réalise un traitement contraire aux dispositions de la loi lorsque les finalités ne correspondent pas à celles qui avaient été indiquées précédemment et qu'aucun élément ne permet de justifier un tel traitement.

Indirectement, la régulation des traitements de données à caractère personnel peut également contribuer à protéger les intérêts des acteurs économiques en relation avec le prestataire intermédiaire et qui mettent des données à caractère personnel à leur disposition pour leur permettre d'exécuter les prestations contractuellement convenues. Toute utilisation non-conforme des données par l'intermédiaire pourrait en effet engager

la responsabilité de celui-ci, vis-à-vis de la personne concernée et de son cocontractant.

Au-delà de ce cadre normatif général, et comme relevé dans le point I, précédemment, des exigences spécifiques de protection des données peuvent se trouver dans des législations particulières, telles que la loi sur le courtage matrimonial.

B. – Régime de l'obligation de confidentialité

18. Focus sur trois éléments du régime de l'obligation de confidentialité. Après avoir établi l'acception à donner à l'obligation de confidentialité, de secret, de vie privée ou de données à caractère personnel (*supra*, point A), encore faut-il s'entendre sur le régime de l'obligation.

Nous examinons la portée de l'obligation de confidentialité (*infra*, n° 19), sa durée (*infra*, n° 20) et les hypothèses dans lesquels il peut (ou il doit) y être dérogé (*infra*, n°s 21-22).

19. Portée de l'obligation de confidentialité. L'obligation de confidentialité (entendue au sens large) interdit à tout le moins au destinataire de l'information de divulguer celle-ci à des tiers non autorisés.

Dans ce cadre, deux questions peuvent se poser : on peut en effet se demander si l'obligation de confidentialité interdit au destinataire direct d'utiliser l'information à son profit, sans la divulguer, et, dans l'hypothèse d'une divulgation, si cette communication au tiers suffit (ou s'il est aussi requis qu'il utilise l'information).

On peut s'interroger sur la question de savoir si l'utilisation de l'information par le destinataire, à son profit (et donc, à proprement parler, sans divulgation à un tiers), constitue une violation de l'obligation de confidentialité. On peut en effet imaginer que l'intermédiaire utilise les informations acquises dans le cadre de sa relation contractuelle avec son cocontractant (données financières, commerciales, techniques ou relatives à la clientèle par exemple) pour créer sa propre entreprise et développer une activité concurrente. Un examen au cas par cas est requis : la réponse dépend en effet étroitement du recours éventuel qui sera introduit par le cocontractant et des conditions d'application de celui-ci (à ce sujet, voy. aussi *infra*, n°s 23 et s.). À ce stade, on peut noter que, pour certains recours, la divulgation de l'information à un tiers est requise (la simple utilisation à son profit ne suffit donc pas). Tel est notamment le cas conformément à l'article 309 du Code pénal : cette disposition requiert en effet la communication à un tiers de l'information couverte par le secret, peu importe, cependant, que ce tiers ait fait, ou pas, usage

de cette information⁶⁴. Si l'on se fonde sur l'article 95 de la LPMC (remplacé par l'article VI.104 du Code de droit économique dès son entrée en vigueur) pour reprocher à l'intermédiaire un acte de concurrence déloyale, la simple utilisation par celui-ci des informations confidentielles pourra être sanctionnée s'il est établi que, ce faisant, il a commis un acte contraire aux pratiques du marché qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'une autre entreprise.

Le même raisonnement s'impose pour déterminer si la seule divulgation au tiers est sanctionnée ou s'il est aussi requis qu'il ait utilisé l'information. Au sens de la LVP, la simple divulgation non autorisée de données à caractère personnel constitue un traitement illégal et pourrait donner lieu aux sanctions – pénales notamment – prescrites par la loi. Il en va de même par application des clauses de confidentialité assorties d'une clause pénale, qui ne sont généralement pas subordonnées à la démonstration d'une utilisation ultérieure de ces informations. La solution devrait par contre être différente s'il s'agit d'engager la responsabilité civile de la personne qui a méconnu son obligation de secret ou de demander la cessation d'un acte sur la base de l'article 95 de la LPMC. Dans le premier cas, il faudra en effet prouver que la victime a subi un dommage en lien de causalité avec la faute (ce qui ne sera guère facile si le tiers a gardé l'information secrète et ne l'a pas diffusée ni utilisée). En cas de concurrence déloyale (art. 95 LPMC), c'est la preuve de l'atteinte, même potentielle, aux intérêts professionnels d'une entreprise qui devra être fournie. Quant à la cessation commerciale, à supposer qu'elle soit envisageable en cas de violation du secret (*infra*, n° 29), elle ne pourra être ordonnée que si la partie demanderesse convainc le juge que les informations litigieuses ont été et sont toujours utilisées par l'autre entreprise (et satisfont donc aux conditions du secret d'affaires au moment où la cessation est demandée).

20. Durée de l'obligation de confidentialité. Les clauses de confidentialité prévues contractuellement par les parties seront en tous cas applicables pendant la durée du contrat (ou pendant la durée des négociations, si un NDA a été conclu pour couvrir cette période). En toute logique, il est également stipulé qu'elles resteront valables après la dissolution du lien contractuel, quelle qu'en soit du reste la raison : c'est en effet à ce moment que le risque est grand de voir l'une des parties réutiliser certaines informations à son profit, voire les communiquer à des tiers.

⁶⁴ Ch. DE VALKENEER, « Les infractions relatives à l'industrie et au commerce », *Les infractions*, Vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 501.

Une durée peut être spécifiquement prévue (une période de 2 à 5 ans en général), en fonction des circonstances de l'espèce. Le point de départ de ce délai doit également être fixé avec précision (divulgation ou fin du contrat, par exemple).

On peut imaginer qu'aucune durée ne soit indiquée. Dans cette dernière hypothèse, on se souviendra néanmoins que le caractère confidentiel d'une information est limité dans le temps. Il est difficile de soutenir qu'après plusieurs années, des informations relatives aux ventes ou aux parts de marché présentent encore une valeur commerciale qui justifie qu'elles bénéficient du régime de protection. Dans une communication de la Commission européenne, on peut ainsi lire qu'en règle générale, celle-ci considère que « les informations relatives au chiffre d'affaires, aux ventes, aux parts de marché des parties et autres données similaires datant de plus de cinq ans ne sont plus confidentielles »⁶⁵.

21. Exceptions à l'obligation de confidentialité. L'obligation de confidentialité n'est pas absolue en ce sens que, dans certaines hypothèses précisément circonscrites et vis-à-vis de certaines personnes, le dépositaire du secret est dispensé de la respecter (autrement dit, il ne sera pas sanctionné suite au non-respect de cette obligation).

On trouve généralement cette possibilité dans les conventions de confidentialité : dans l'hypothèse où la divulgation est requise conformément à une disposition légale ou réglementaire et/ou par une autorité publique compétente, le destinataire de l'information est autorisé à divulguer celle-ci. En général, il lui est toutefois imposé d'avertir son cocontractant, de sorte qu'il puisse prendre les mesures éventuelles en vue de s'opposer à une telle divulgation. Il doit également veiller à limiter la divulgation à ce qui est expressément requis.

De telles exceptions sont également mentionnées par les dispositions légales étudiées dans la présente contribution, telles que l'article 458 du Code pénal (témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et obligation légale) ; l'article 18 de l'arrêté du Gouvernement wallon portant statut des agences de voyage (témoignage en justice ou obligation légale) ou l'article 16, § 3, de la LVP (obligation imposée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance).

⁶⁵ Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil, J.O. du 22 décembre 2005, n° C 325, point 23. Cfr aussi E. DE LOPHEM, « For your eyes only – L'accès des tiers au dossier de l'instruction dans les procédures en matière de pratiques restrictives de concurrence, en droit belge », *T.B.M./R.C.B.*, 2010, p. 19.

Un équilibre doit être trouvé entre des intérêts divergents et on conçoit sans peine que l'exercice est loin d'être facile. Le cas particulier des prestataires intermédiaires de l'internet permet d'illustrer ces écueils.

22. Cas particulier des prestataires intermédiaires sur l'internet. Dans le cas des prestataires intermédiaires sur les réseaux, il est particulièrement important de fixer les conditions auxquelles certaines informations couvertes par la confidentialité pourront être divulguées aux autorités publiques compétentes, voire aux victimes de certains propos ou activités litigieuses. Il n'est en effet pas rare que ces dernières s'adressent au prestataire pour identifier l'auteur de propos litigieux ou d'activités illicites (dans le cas de propos diffamatoires exprimés sous pseudonyme dans un forum de discussion, par exemple), voire pour mettre en place des moyens permettant de les prévenir (par des mesures de filtrage visant à lutter contre les sites de téléchargement peer-to-peer qui méconnaissent les droits de propriété intellectuelle des titulaires des œuvres, par exemple).

Les prestataires intermédiaires visés par les articles XII.17 et suivants du Code de droit économique⁶⁶ (ci-après, CDE) sont ainsi tenus de collaborer avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes, conformément à l'article XII.20, § 2, du CDE⁶⁷. Aux termes de cette disposition, « les prestataires visés au § 1^{er} ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient.

Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations

⁶⁶ Dès leur entrée en vigueur, ces dispositions abrogent et remplacent, à droit constant, les dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003. Les articles 18 et suivants de cette loi instaurent un régime d'exonération de responsabilité au profit de certains prestataires intermédiaires. Plus précisément, ceux-ci peuvent bénéficier d'une exonération de responsabilité (moyennant le respect des conditions prescrites par la loi) lorsqu'ils fournissent un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication (simple transport visé à l'art. 18 de la loi) ; à stocker de manière automatique, intermédiaire et temporaire une information transmise sur un réseau de communication dans le but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service (activité de stockage sous forme de copie temporaire des données, visé à l'article 19 de la loi) ou à stocker des informations fournies par un destinataire de service (hébergement, visé à l'article 20 de la loi).

⁶⁷ Cette obligation de collaboration imposée aux prestataires intermédiaires vise à « contrebalancer » l'absence d'obligation générale de surveillance (exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 10).

dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ».

Une distinction est ainsi faite entre la collaboration réalisée à l'initiative du prestataire (alinéa 1^{er}) ou à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes (alinéa 2). Dans la seconde hypothèse, la question se pose de savoir si lesdites informations doivent être réservées aux autorités judiciaires compétentes qui les ont demandées ou si elles peuvent être communiquées à toute personne intéressée par celles-ci, soit directement en exécution d'une injonction faite au prestataire de procéder de la sorte, soit indirectement, les informations étant retransmises par l'autorité judiciaire. Dans un arrêt du 16 juin 2011, la Cour de cassation s'est clairement prononcée en faveur de la première solution (confirmant ainsi l'arrêt *a quo*⁶⁸) : la personne victime des propos litigieux ne possède pas de droit subjectif à obtenir du prestataire qu'il lui communique, sur ordre d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les informations relatives à l'auteur de l'infraction, en vue d'introduire contre celui-ci une action civile en réparation⁶⁹. Il faut en effet avoir égard aux droits respectifs des parties impliquées, dont l'équilibre doit être assuré. Si les victimes des propos litigieux peuvent effectivement se prévaloir du droit à l'honneur et à la réputation, ainsi que du droit à une protection juridictionnelle effective, ceux-ci doivent être mis en balance avec le droit à la protection de la vie privée des auteurs desdits propos, consacré par la Constitution et de nombreux autres textes nationaux et internationaux. En particulier, il échet d'observer la LVP : lorsque les informations sont des données à caractère personnel, concernant une personne physique identifiée ou identifiable, l'accès à celles-ci et leur communication constituera un traitement, soumis aux exigences de la loi (en termes de légalité, de légitimité et de proportionnalité). Toute atteinte à la vie privée des auteurs des propos litigieux doit donc être vue comme une exception au principe de protection, tel qu'établi par les textes précités, ce qui, par conséquent, commande une interprétation stricte de la disposition. Nous sommes donc d'avis que l'arrêt doit être approuvé même si, *de lege ferenda*, le CDE devrait être amendé en vue d'octroyer aux victimes de propos litigieux le droit subjectif d'obtenir d'un prestataire intermédiaire qu'il lui communique les informations permettant notamment d'identifier l'auteur de ceux-ci en vue de le poursuivre civilement⁷⁰. On peut en effet trouver choquant que d'aucuns

⁶⁸ Liège, 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, 2010/38, p. 95, note J. FELD.

⁶⁹ Cass., 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, 2012, p. 6, note H. JACQUEMIN.

⁷⁰ H. JACQUEMIN, « Qui peut obtenir les informations permettant de poursuivre et de rechercher les auteurs d'infraction commises sur les réseaux », note sous Cass., 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, 2012/47, pp. 74 et s.

profitent de cet anonymat relatif et tiennent des propos diffamatoires ou calomnieux sans risque de voir leur responsabilité civile engagée.

Pour analyser une telle mesure, il convient d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, en particulier l'arrêt *Promusicae*⁷¹, qui traite de l'équilibre à trouver entre le droit à la protection de la vie privée et la protection effective des droits d'auteur (s'agissant d'identifier les auteurs des violations à ceux-ci en vue de les poursuivre civilement). Une disposition octroyant ce droit subjectif constituerait une limitation au droit à la protection de la vie privée dont jouit l'auteur des propos. Conformément à l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques⁷², une telle atteinte peut être introduite par le biais d'une disposition légale si cette limitation « constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques, comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE ». Cette dernière disposition fait également référence à la protection des droits et libertés d'autrui. Aussi faut-il en déduire que la volonté du législateur européen n'a pas été d'exclure du champ d'application de l'article 15 les situations dans lesquelles les victimes cherchent à obtenir la protection de leurs droits dans le cadre d'une procédure civile⁷³. En conséquence, comme l'a affirmé la Cour de justice dans l'affaire *Promusicae*, « la directive 2002/58 n'exclut pas la possibilité, pour les États membres, de prévoir l'obligation de divulguer, dans le cadre d'une procédure civile, des données à caractère

⁷¹ C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*. Voy. aussi C.J.C.E., ordonnance du 19 février 2009, aff. C-577/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH* ; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*. À ce propos, voy. S. DUSOLLIER, « Responsabilités des intermédiaires de l'Internet : un équilibre compromis ? », *R.D.T.I.*, 2007/29, pp. 269 et s. ; F. COUDERT et E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face aux réseaux *peer-to-peer* : la levée du secret des communications est-elle justifiée ? », note sous C.J.C.E., 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, *R.D.T.I.*, 2008/30, pp. 76 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée », *AM*, 2008/4, pp. 264 et s. ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2010, p. 126.

⁷² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.*, L 201 du 31 juillet 2002.

⁷³ En ce sens, voy. C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 53.

personnel »⁷⁴. La Cour ajoute cependant que l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques « ne peut pas être interprété comme contraignant, dans les situations qu'il énumère, les États membres à prévoir une telle obligation »⁷⁵. Un équilibre doit être trouvé entre les droits fondamentaux en présence : le droit à la protection de la vie privée, dans le chef de l'auteur des propos litigieux, le droit à une protection juridictionnelle effective ainsi que le droit à l'honneur et à la réputation, dans le chef de la victime⁷⁶. Nous sommes d'avis que cet équilibre peut être préservé si la communication des informations permettant d'agir civilement contre l'auteur de propos litigieux est autorisée et réalisée moyennant l'intervention d'une autorité judiciaire compétente⁷⁷.

On peut aussi avoir égard à deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne – les arrêts *Scarlet*⁷⁸ et *Netlog*⁷⁹ – dans lesquels celle-ci était appelée à se prononcer sur la mise en place de mesures de filtrage destinées à lutter contre le téléchargement illégal, sur l'internet, d'œuvres protégées par des droits de propriété intellectuelle (nonobstant le contexte, rien n'empêche, *a priori*, d'appliquer les enseignements qui résultent de

⁷⁴ C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 54 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 55.

⁷⁵ C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 55 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 55.

⁷⁶ À ce propos, on aura égard au point 68 de l'arrêt *Promusicae*, suivant lequel « il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » (voy. aussi C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 56).

⁷⁷ Concrètement, l'article XII.20, § 2, al. 2, du CDE pourrait être rédigé comme suit (nous soulignons l'amendement) : « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire. Indépendamment de poursuites pénales ou administratives, les autorités judiciaires compétentes peuvent également ordonner aux prestataires de communiquer les mêmes informations aux personnes victimes de ces infractions s'il existe des indices sérieux démontrant que les éléments constitutifs de ces infractions sont réunis et pour autant que droits de la victime ne peuvent pas être préservés par la mise en œuvre de mesures moins attentatoires à la vie privée de l'auteur de l'acte ».

⁷⁸ C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam*

⁷⁹ C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*

ces arrêts à d'autres hypothèses)⁸⁰. La Cour a décidé que, *dans les circonstances de l'espèce*⁸¹, une telle injonction était interdite⁸². La Cour a eu égard, notamment, aux dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (telles que transposées dans la LSSI et reprises ensuite dans la CDE), qui interdit aux États membres d'imposer aux prestataires intermédiaires visés par la directive (sont couvertes les activités de *mere conduit*, de *caching* et d'hébergement) une obligation générale de surveillance (art. 15 de la directive). Plus précisément, on ne peut leur imposer une obligation générale consistant à surveiller les informations stockées ou transmises ou à rechercher activement les faits ou les circonstances révélant des activités illicites. Cette absence d'obligation *générale*

⁸⁰ Sur ces arrêts et, plus globalement, sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires, voy. D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet contre Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, 2012/46, pp. 33 et s. ; D. MELISON, « "Arrêt Scarlet" : le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à internet écarté au nom de l'équilibre entre droit d'auteur et libertés fondamentales », *J.D.E.*, 2012, pp. 43 et s. ; E. WERKERS et G. SOMERS, « Commentaar bij het arrest van het Europese Hof van Justitie van 24 november 2011 (*Scarlet/Sabam*) [Verhoudingen tussen auteursrechthebbers en dienstverlenende tussenpersonen op internet (ISPs) en digitale piraterij] », *Computerr.*, 2012, pp. 80-82 ; Th. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11 ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012/48-49, pp. 25-27.

⁸¹ La Cour de justice n'interdit donc pas, purement et simplement, toute mesure de filtrage. En l'espèce, elle renvoie aux circonstances énoncées dans la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi. Dans l'affaire *Scarlet*, la question a été posée par la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 28 janvier 2010, *A.M.*, 2010, p. 176) en vue d'établir, « en substance, si les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 et 2002/58, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite à un FAI de mettre en place :

- un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer » ;
- qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle ;
- à titre préventif ;
- à ses frais exclusifs, et
- sans limitation dans le temps,

capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur » (arrêt *Scarlet*, point 29 ; arrêt *Netlog*, point 26)

⁸² Arrêt *Scarlet*, point 54 ; arrêt *Netlog*, point 52.

de surveillance n'empêche cependant pas la mise en place d'une obligation *spécifique* de surveillance⁸³.

Pour apprécier si l'injonction faite au prestataire de services de la société de l'information de mettre en place des mesures de filtrage est conforme au droit communautaire (qui interdit d'imposer une obligation générale de surveillance), il faut tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux. À ce sujet, la Cour a notamment jugé que « les effets de ladite injonction ne se limiteraient pas au FAI [Fournisseur d'Accès à l'Internet] concerné, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de ce FAI, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte.

En effet, il est constant, d'une part, que l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs [...] »⁸⁴.

Ainsi faut-il mettre en balance, en particulier, les objectifs de lutte contre des contenus illicites (avec les droits et libertés qui les sous-tendent, tels que la protection des droits de propriété intellectuelle) avec la liberté d'expression, la liberté d'entreprise, le droit à la protection de la vie privée ainsi que la liberté de recevoir et de communiquer des informations. Le point d'équilibre ne peut être trouvé que par application du principe de proportionnalité. C'est cette exigence qui permet de faire la distinction entre une mesure de filtrage interdite (en ce qu'elle viole l'absence d'obligation générale de surveillance) et une mesure de filtrage autorisée (en ce qu'il s'agit d'une obligation particulière de surveillance)⁸⁵. On le

⁸³ Voy. l'art. XII.20, § 1^{er}, al. 2, du CDE et les art. 12 (3), 13 (2) et 14 (3) de la directive sur le commerce électronique (voy. aussi le considérant n° 47 de la directive).

⁸⁴ Arrêt *Scarlet*, points 50-52 ; arrêt *Netlog*, points 48-50.

⁸⁵ Comme l'indique Thierry Léonard, « c'est [...] par le correctif de l'abus de droit – le principe de proportionnalité – que l'on peut comprendre l'enseignement de la Cour européenne. Ce qu'elle fustige ce n'est pas le droit de prévenir l'atteinte par un système de filtrage mais bien la manière dont est exercé ledit droit dans les espèces qui lui sont soumises. Et rien n'exclut de penser qu'elle pourrait parfaitement admettre un système de filtrage simple, non permanent, à coût raisonnable et pourquoi pas partagé avec les titulaires des droits, fondé sur un processus de recherches de contenus illicites restant anonymes tant que le caractère illicite n'est pas dûment rapporté et portant sur des communications ou contenus limités à l'égard desquels une forte présomption d'illicéité est rapportée. C'est toute la différence entre une surveillance générale — interdite — et une surveillance spécifique

voit, l'exercice imposé à l'interprète est loin d'être facile. Il l'est d'autant moins que, dans la recherche de cet équilibre entre les droits et libertés, en tenant compte du principe de proportionnalité, il faut avoir égard à l'état de l'art, notamment sur le plan technique. Il convient en effet d'apprécier l'existence et les performances des mécanismes de filtrage, à l'aune des exigences précitées.

III. – Sanction du non-respect des obligations de confidentialité

23. Préalable à la sanction : la preuve de la violation de l'obligation de confidentialité. Conformément aux règles en vigueur, c'est en principe sur la partie qui prétend mettre en œuvre une sanction donnée que repose la charge de prouver que les conditions d'application sont réunies, par la production des éléments de fait de nature à étayer suffisamment ses allégations (art. 1315 C. civ. et 870 C. jud.).

Partant du principe que l'ampleur de la divulgation est restée limitée, on comprend que la partie demanderesse souhaite en dire (et en montrer) le moins possible, pour préserver ce qui peut encore l'être vis-à-vis de l'intermédiaire qui aurait révélé les informations litigieuses ou des tiers. On peut évidemment comprendre ses préoccupations et sa volonté de sélectionner scrupuleusement les éléments de fait produits devant le juge, le cas échéant sous forme anonyme ou caviardée. D'un autre côté, ce souci légitime ne doit pas devenir un prétexte à l'introduction de recours manifestement non fondés : il serait en effet trop facile de prétendre que des secrets sont cachés dans les parties non produites ou anonymisées des documents. Pour éviter ces écueils, une expertise peut être demandée mais il doit à tout le moins exister un début de preuve des faits avancés par la partie demanderesse, qui rend ceux-ci vraisemblables⁸⁶. Dans tous les cas, une procédure devra être organisée pour permettre à la juridiction saisie de prendre connaissance des pièces couvertes par le secret, dans le

— acceptée — qui reste à ce jour encore à préciser. La clé de la solution se trouve dans la détermination de la rupture de proportionnalité entre l'avantage retiré dans l'injonction par le titulaire des droits et les désavantages qui en découlent pour les intermédiaires et utilisateurs des services en cause » (Th. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11).

⁸⁶ Voy. D. MOUGENOT, « Le point de la jurisprudence relative aux mesures d'instruction », *Le point sur les procédures (2ème partie)*, Formation permanente CUP, 2000, p. 224.

respect du principe du contradictoire et des prétentions légitimes quant à la confidentialité.

24. Diversité des sanctions pénales. Dès lors que, comme on l'a vu, des obligations de confidentialité ou de secret sont prescrites par des dispositions pénales (C. pén., art. 309, 458, 314*bis*, etc.), il va de soi que leur application – pour autant qu'elle se justifie – pourra donner lieu à l'application des peines prévues par celles-ci.

La méconnaissance d'autres dispositions légales ou réglementaires peut également donner lieu à des sanctions pénales. On songe par exemple aux dispositions de la LVP (art. 37 et s.) ou de la loi sur le courtage matrimonial (art. 10 et s.). Par contre, l'existence d'actes de concurrence déloyale au sens de l'article 95 de la LPMC n'est pas sanctionnée pénalement⁸⁷.

En droit des affaires, l'application de sanctions pénales (amende et/ou prison) ne constitue pas forcément une réponse adéquate aux comportements infractionnels. Elles n'en restent pas moins utiles, compte tenu de leur fonction dissuasive et préventive, en particulier lorsque les actes interdits sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt général (comme en matière de secret professionnel, par exemple).

25. Présentation des sanctions civiles. Sur le plan civil, on trouve des sanctions civiles spécifiques dans des législations particulières (*infra*, n° 26). Les parties peuvent également convenir contractuellement de certaines sanctions (*infra*, n° 27). À défaut (ou, si rien ne s'y oppose, complémentairement à celles-ci), on peut invoquer les sanctions tirées de la théorie générale des contrats (*infra*, n° 28) ou se fonder sur d'autres mécanismes, tels que l'action en cessation commerciale (*infra*, n° 29).

Dans l'hypothèse spécifique de la violation d'une obligation de confidentialité, il faut garder à l'esprit que, si des sanctions civiles existent et peuvent effectivement être invoquées, elles pourront se révéler insuffisantes pour réparer adéquatement le dommage. C'est sans aucun doute une lapalissade mais le principal intérêt du secret est... de rester secret. Une fois dévoilé, il perd l'essentiel de sa valeur commerciale. Dès que l'information confidentielle est divulguée, les dommages-intérêts éventuels ou la dissolution du contrat ne constitueront qu'un pis-aller qui interviendra à contretemps et sera sans réel intérêt pour l'entreprise (puisque, par définition, ses secrets, qui lui permettaient de se démarquer de ses concurrents, ne le sont plus).

⁸⁷ A ce sujet, voy. L. KERZMANN et H. JACQUEMIN, « Le point sur les sanctions pénales dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *D.C.C.R.*, 2011/92, pp. 5-30.

Aussi faut-il conseiller aux entreprises d'exploiter autant que possible la fonction dissuasive et préventive de la sanction civile, par exemple en introduisant une clause pénale condamnant au paiement d'un montant élevé de dommages et intérêts en cas de violation de l'obligation de confidentialité (montant qui doit cependant rester indemnitaire).

26. Sanctions civiles spécifiquement prévues dans les législations particulières. Conformément à l'article 6, § 2, de la loi sur le courtage matrimonial, l'obligation pour l'entreprise de courtage matrimonial d'obtenir l'approbation par écrit du client sur la façon dont les données personnelles précises seront communiquées à des tiers est prescrite à peine de nullité du contrat. La mesure a le mérite d'exister même si on peut sérieusement douter de son efficacité (en particulier de son caractère dissuasif). Dans le chef de la personne dont les données auraient été divulguées sans son consentement, la fin du contrat constitue un pis-aller. On note cependant que, s'agissant d'un traitement de données à caractère personnel, la LVP devra être observée (avec l'application éventuelle de ses sanctions).

De même, suivant le futur article XII.36 du Code de droit économique (introduit par la proposition de loi sur les services de confiance), « un prestataire de service de certification qui fournit un service d'archivage électronique qualifié à l'intention du public est responsable du préjudice causé à tout organisme ou personne physique ou morale dû au non-respect des exigences mentionnées à l'annexe V concernant les prestataires de service de certification qui offrent des services d'archivage électronique qualifié, sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence ». L'annexe V prescrit notamment des exigences de confidentialité à respecter par le prestataire d'archivage électronique (intermédiaire technique). Cette disposition a pour effet de renverser la charge de la preuve, au bénéfice du cocontractant du prestataire, laissant à ce dernier la possibilité d'échapper à toute responsabilité s'il démontre qu'il n'a commis aucune négligence.

27. Sanctions contractuellement prévues. Lorsqu'un NDA est signé ou qu'une clause de confidentialité est introduite dans une convention, les parties veillent généralement à sanctionner son inobservation.

La violation de cette obligation est en général citée parmi les causes possibles de dissolution du contrat (en cas de pacte commissaire exprès), ce qui paraît justifié. Les parties veilleront d'ailleurs à prévoir que cette mesure s'applique sans préjudice des sanctions tirées de la théorie générale des obligations, et notamment l'allocation de dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice subi par ailleurs. Une clause pénale peut

aussi être introduite, pour fixer forfaitairement le montant des dommages et intérêts. Les parties veilleront à fixer un montant suffisamment dissuasif, étant entendu que la clause doit conserver un caractère indemnité, sous peine d'être réduite par le juge conformément à l'article 1231 du Code civil.

La loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial impose une obligation de confidentialité mais sa méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction civile spécifique. La question se pose de savoir si le NDA signé au début des négociations pourrait prévoir une clause pénale déterminant conventionnellement le montant dû en cas d'inobservation. Des doutes sont permis dans la mesure où l'article 3 de la loi prévoit la fourniture de documents spécifiques (le projet d'accord et un document reprenant diverses informations) un mois avant la conclusion de l'accord, en interdisant que la moindre obligation soit prise, ou qu'une rémunération, somme ou caution soit demandée ou payée avant l'expiration de ce délai. Or, la méconnaissance de cette disposition est sanctionnée par la nullité de l'accord, conformément à l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi (dans les deux ans de l'accord). La doctrine est cependant d'avis, avec raison, que la signature d'un engagement de confidentialité assorti d'une sanction spécifique doit être autorisée⁸⁸. Les objectifs poursuivis par le législateur en imposant des obligations d'information à la personne qui octroie le droit vise à protéger le cocontractant de celle-ci en raison de son manque de connaissance sur des éléments de fait et de droit du contrat. Ces finalités doivent être distinguées de celles qui résultent de l'obligation de confidentialité et ne devraient donc pas empêcher de mettre en œuvre la clause.

28. Sanctions tirées de la théorie générale des contrats. *A priori*, les manquements d'une partie à ses obligations de confidentialité ou de secret sont contemporains à l'exécution du contrat et devront être sanctionnés sur cette base.

La résolution – judiciaire ou extrajudiciaire – du contrat pourrait ainsi être envisagée⁸⁹ : on devrait en effet considérer que ces manquements

⁸⁸ P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », *Le droit de la distribution*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 168 et s., n° 90 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, pp. 129-130.

⁸⁹ Sur la résolution judiciaire, voy. not. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, pp. 32 et s., n°s 24 et s. ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », P.A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 375 et s. ; *Idem*, « La résolution pour inexécution en droit belge :

portent atteinte à la relation de confiance qui doit présider aux relations entre les parties et être suffisamment graves pour justifier une dissolution rétroactive du lien contractuel dans son ensemble.

La partie victime d'une méconnaissance de l'obligation de confidentialité pourrait aussi chercher à engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant, en démontrant l'existence d'une faute en lien de causalité avec le dommage⁹⁰. Tel pourrait notamment être le cas lorsqu'une disposition légale prescrit une obligation de confidentialité et que celle-ci a été méconnue (le devoir de discrétion qui s'impose à certains professionnels comme les agents immobiliers ou l'obligation de confidentialité imposée à l'article 6 de la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial, par exemple). Même en l'absence d'une telle exigence, spécifiquement prévue, on peut considérer que le cocontractant ne s'est pas comporté comme un professionnel normalement prudent et diligent en violant une obligation de confidentialité, ce qui est de nature à engager sa responsabilité.

29. Action en cessation commerciale. En général, les actes de concurrence déloyale (au sens de l'article 95 de la LPMC) donnent lieu à une action en cessation devant le président du Tribunal de commerce. S'il aboutit, ce type de recours peut se révéler particulièrement efficace puisque le juge pourrait être amené à interdire toute utilisation, par la partie citée, des informations obtenues illégalement (l'empêchant ainsi de poursuivre normalement ses activités professionnelles).

conditions et mise en œuvre. Rapport belge », M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 513 et s. ; *Idem*, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, pp. 343 et s. ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, pp. 128-132, n^{os} 177 et s. Sur la résolution unilatérale, voy. not. S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre. Rapport belge », *op. cit.*, pp. 513 et s. ; *Idem*, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *op. cit.*, pp. 374 et s. ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 300 et s.

⁹⁰ Sur les conditions et les effets de la responsabilité contractuelle, voy. P. WÉRY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 233 et s., n^{os} 24 et s. ; I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 307-360 ; M. COIPEL, *Éléments...*, *op. cit.*, pp. 124 et s., n^{os} 171 et s.

Plusieurs écueils doivent cependant être évités. Il faut d'abord libeller l'ordre de cessation avec précision⁹¹, en évitant que celui-ci aboutisse « à interdire l'exercice normal d'une activité commerciale dans le chef du défendeur »⁹². De même, le juge ne peut ordonner une interdiction générale et préventive⁹³ et doit veiller à ce que la mesure ordonnée reste proportionnelle. Dans un arrêt du 12 juin 2008, la Cour d'appel de Liège a ainsi jugé que tel n'était pas le cas en l'espèce. Dans cette affaire, une expertise avait établi que des formules secrètes de peinture avaient été obtenues de manière illicite par une entreprise, qui les avait utilisées pour une partie de sa gamme. La demande tendait « à interdire définitivement à la première appelante [...] tout acte de fabrication ou de commercialisation tant des produits illicites que de tout autre produit dont la description est la suivante (suit une liste de 37 types de produits) »⁹⁴. La demande est jugée disproportionnée par la Cour d'appel de Liège en ce qu'elle « reviendrait à interdire à l'appelante toute production concurrentant celle de l'intimée ».

En outre, pour interdire la cessation d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, le juge doit normalement le décrire avec précision⁹⁵. Eu égard au caractère public des jugements, l'information perdra nécessairement son caractère secret. Enfin, d'aucuns estiment que la violation des secrets d'affaires, dès lors qu'elle est consommée par sa divulgation et son utilisation par un tiers, ne peut faire l'objet d'un ordre de cessation. Comme l'a jugé la Cour d'appel de Liège dans l'arrêt précité du 12 juin 2008, « il est certain que l'appelante connaît les formules de l'intimée et maîtrise depuis longtemps le processus de fabrication des produits litigieux, ce qui est irréversible, la connaissance et l'expérience acquises par l'appelante ne pouvant être abolies par un ordre de cessation. Lorsque le secret est éventé, il serait vain de vouloir revenir en arrière [...] ». On note encore que l'interdiction d'utiliser le secret d'affaires aurait également

⁹¹ M.-Cl. ERNOTTE, « L'action en cessation – Le point sur les aspects procéduraux de l'action comme en référé en matière de pratiques du marché et modifications introduites par les lois du 6 avril 2010 », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, p. 202, n° 35 ; D. MOUGENOT, « L'action en cessation. Les particularités procédurales d'un mécanisme atypique », *Actualités de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 117-118, n° 50 ; J.-F. MICHEL, « Les actions en cessation en droit de la consommation », *Les actions en cessation*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 121 ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

⁹² M.-Cl. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 202, n° 35 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 118, n° 50

⁹³ J.-F. MICHEL, *op. cit.*, p. 121, et la jurisprudence citée ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

⁹⁴ Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

⁹⁵ Soulignant cet écueil, M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaire... », *op. cit.*, p. 15.

pour effet de placer son titulaire dans une position plus favorable que celle du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, dont la durée est limitée dans le temps (tel un brevet, par exemple)⁹⁶. Alors même que le secret d'affaires ne fait pas l'objet de mesures légales de protection similaires à celles des droits de propriété intellectuelle (et n'implique pas, corrélativement, les mêmes concessions), l'utilisation du secret serait interdite indéfiniment.

Conclusion

30. Cadre normatif complexe... En substance, la présente étude a mis en lumière que, dans l'hypothèse des intermédiaires commerciaux ou techniques, naturellement conduits, par leur fonctions, à prendre connaissance de nombreuses informations confidentielles, il existait diverses règles, d'origine normative ou conventionnelle, permettant de protéger ces informations. La difficulté réside néanmoins dans la multiplicité des règles susceptibles de s'appliquer, qui révèlent en outre une terminologie fluctuante et un régime loin d'être harmonisé et cohérent. Il en résulte une insécurité juridique, qui ne sert pas la confidentialité.

31. Et suffisamment protecteur de la confidentialité ? Des règles existent. On peut cependant se demander si elles sont suffisamment efficaces, eu égard à l'objectif poursuivi. À certains égards, des doutes sont permis dès lors que, dans l'hypothèse spécifique du secret ou de la confidentialité, c'est le caractère dissuasif et préventif de la norme qui importe par-dessus tout. Et sur ce point, il faut malheureusement constater que les sanctions ne possèdent pas toujours cette caractéristique.

En définitive, s'il faut souhaiter une intervention normative ponctuelle et ciblée, c'est en tout cas sur le terrain de la sanction qu'elle devrait avoir lieu.

⁹⁶ Soulignant cet écueil, M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaire... », *op. cit.*, p. 15 ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.